

A NORMA JURÍDICA NA VISÃO DE HANS KELSEN

Jaime Luiz Vicari *

I. Contextualização

Hans Kelsen nasceu em Praga, hoje capital da República Tcheca, à época parte integrante do Império Austro-Húngaro, em 11 de outubro de 1881.

Atendendo à orientação paterna, ingressou na Faculdade de Direito de Viena em 1900 e concluiu o curso em 1906.

Mais tarde, como bolsista, estudou na Universidade de Heidelberg, na Alemanha, orientado por Georg Jellineck.

Kelsen era judeu, e como outro compatriota notável, Franz Kafka, viveu o dilema de ser israelita, falando e escrevendo em alemão e tendo por berço uma cidade majoritariamente eslava, numa verdadeira *fragmentação cultural* que, por vezes, aflora em sua obra.

Quando jovem, pretendia ser matemático e somente às instâncias de seu pai, como referido, é que ingressou no estudo do

* *Juiz de Direito de Segundo Grau no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Mestre em Direito, Sócio efetivo do IBDP e professor de Direito Processual Civil em diversas instituições.*

Direito. Essa predileção por números talvez explique o sistema kelseniano, *erigido de forma praticamente binária, ser e dever-ser*, com o Direito contido na norma.

Dando início ao que seria uma alentada produção bibliográfica, aos 24 anos publicou monografia histórica que se tornaria muito divulgada, a qual nominou *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, obtendo com ela o doutorado em 1906. Passou, depois, a residir em Heidelberg, cuja Universidade freqüentou, e em Berlim, onde aprofundou seus estudos jurídicos e filosóficos.

Para ser aceito como professor na Universidade de Viena, tornou-se cristão, enfrentando, entre outras dificuldades, a hostilidade explícita de Carl Schmitt, início de uma relação tempestuosa, com desdobramentos no campo pessoal e no político.

Em 1918, aos 37 anos de idade, Kelsen já era considerado um notável jurista, tanto que, esfacelado o império dos Habsburgos após a I Guerra Mundial, reduzida a Áustria a pequeno estado mediterrâneo, com apenas 1/10 da superfície original, recebeu a incumbência de elaborar o projeto de Constituição, ainda hoje vigente. Mais tarde foi juiz da Corte Constitucional daquele país, de 1921 a 1930. Nessa época criou a chamada *Escola de Viena*, reunindo junto de si discípulos da envergadura intelectual de Lacambra, Recaséns Siches, Adolf Mekerl, Felix Kauffmann, dentre outros.

Com atuação política, estabeleceu vínculos próximos com a social-democracia, enquanto Carl Schmitt seguia caminho oposto, inclinando-se para o nazismo.

Consumada a *Anschluss* ou anexação da Áustria pelo III *Reich* e em razão de sua origem judaica, Hans Kelsen viu-se forçado a emigrar para os Estados Unidos, onde, em 1941, ingressou na Universidade de Harvard, a convite do Presidente Franklin Delano Roosevelt, passando dois anos após para Bekerley, na Califórnia, onde permaneceu até sua morte, em 1973.

Kelsen é considerado um dos maiores juristas do século XX; sua obra é gigantesca e de um rigor científico extraordinário, em que pese sujeita a críticas, o que é natural em toda a atividade humana.

Feita essa pequena digressão como uma homenagem ao jurista, cabe abordar o tema da norma jurídica sob a visão kelseniana.

No plano deste ensaio, contemplam-se quatro estágios – conceito, funções, validade e expressão, encimados por um fecho acerca do dever jurídico e sanção. A essa estrutura da matéria, juntou-se com um acréscimo final, que ali será justificado.

II. Conceito

Os que acusam Kelsen de pensador complexo, de frases herméticas, por certo não leram a primeira página da Teoria Geral das Normas (Porto Alegre, Sérgio Fabris Editora, 1986). Ali, didaticamente, como um bondoso professor, o mestre explica que a palavra “norma” *procede do latim: norma, e na língua alemã tomou o caráter de uma palavra estrangeira – se bem que não em caráter exclusivo, todavia primacial. Com o termo se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções da norma* (Teoria, página 1).

A noção de norma, para Kelsen, tem como premissa a necessária distinção entre o ser e o dever-ser, buscada nos neokantianos da Escola de Stuttgart.

Sob sua ótica a lei atua como esquema de interpretação. Ela é elaborada por meio de um ato jurídico que, igualmente, adquire significado por outra norma.

Dizia o mestre que a consciência humana vê as coisas como são ou como deveriam ser e, santa simplicidade, dá uma mesa como exemplo: a mesa é redonda ou a mesa deve ser redonda. Normas devem ser entendidas como prescrição, como *dever-ser*. O sentido que elas dão é prescritivo, de conduta.

O Direito torna-se, assim, o reflexo do fato natural, como tal entendido o fato consciente, dos homens que criam, seguem ou violam normas jurídicas.

Mais uma vez, e com extrema simplicidade, Kelsen demonstra que dizer *fulano levantou o braço* é descrição e dizer *fulano*

deve levantar o braço para aprovar, para votar favoravelmente, é prescrição.

Sem dúvida a norma é ato de vontade, mas como no fenômeno *mens legis mens legislatoris*, uma não se confunde com a outra. As normas valem a despeito até da vontade em contrário eventualmente manifestada, mais tarde, pelo seu criador.

A existência da norma é que lhe dá a validade, e, para que a norma valha, a vontade do autor é uma das condições, mas não a razão essencial.

Ao se considerar o Direito como norma e a Ciência Jurídica como estudo dirigido ao conhecimento das normas, dá-se a aquele contornos nítidos, delimitando-o diante da natureza. A Ciência Jurídica passa a dedicar-se apenas ao estudo das normas, inconfundível, portanto, com os outros ramos das ciências que procuram explicar os fenômenos naturais, de acordo com a lei da causalidade.

Dessa forma é que Hans Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas e as investiga de *per se*. Na tarefa de reduzir o fenômeno do direito à sua expressão mais pura, o mestre acaba por ver na norma a concentração de todo o direito. Apenas como um contraponto, é de ser lembrada a visão de Miguel Reale, para quem o direito é, além da norma, fato e valor.

A norma não vale por ser justa, mas porque encadeada numa série sucessiva até chegar a *Grundnorm* ou *Grundgesetz*, à norma fundamental, da qual recebe a legitimidade.

A questão da *Grundnorm* sempre provocou muita discussão, seja nos tribunais, seja na academia. Para Kelsen, a norma fundamental é a base de toda a ordem jurídica. A lei ordinária só terá validade e mais, só será jurídica e legítima se estabelecida em conformidade com as determinações da norma fundamental.

Aqui novamente o mestre de Viena assume sua condição de professor. Ensina que a distinção entre o comando de um assaltante que exige dinheiro e o comando de um fiscal do erário que cobra tributos reside na norma. O fiscal não é assaltante porque tem competência legal para exigir.

Para Kelsen, todo o universo normativo vale, mas da norma não se pode exigir justiça. Guardando coerência, afirma que mesmo uma norma fundamental injusta valida e legitima o Direito que dela decorre.

Justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este só se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele.

Essas tendências ideológicas, cujas intenções e efeitos políticos são evidentes, ainda prevalecem na dominação da atual Ciência do Direito, mesmo diante da aparente superação da Teoria do Direito Natural.

É contra ela que se insurge a Teoria Pura do Direito, ao apresentar o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto. A Teoria Pura apenas indaga do real e do possível e não do direito justo.

Exatamente por sua tendência antiideológica é que a Teoria Pura do Direito manifesta-se como verdadeira Ciência do Direito.

Por essa posição é possível perceber por que as críticas a Kelsen chegaram ao ponto de acoimá-lo de servidor do regime nazista, o que absolutamente não corresponde aos fatos.

Ora, basta que se saiba que, para o Professor de Viena, um ordenamento que não reconhece a personalidade livre do homem significa algo que não garante o direito subjetivo e não deve ser considerado absolutamente como um complexo de normas (Teoria Pura do Direito, 3ª ed., revista, tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 82 e 83).

Kelsen via a norma de maneira neutra, pura. Para ele à ciência do Direito não caberia fazer julgamentos morais. Novamente aqui mostra-se o Direito reduzido, por assim dizer, à expressão pura, à norma.

Ainda no campo conceitual, é de extrema valia para compreender o universo kelseniano a distinção entre norma funda-

mental no sentido de norma posta e no sentido de primeira norma transcendental, como condição de possibilidade de um ordenamento.

III. Funções

Hans Kelsen vê quatro funções relevantes para a norma jurídica: imposição, permissão, autorização e derrogação.

Necessário que se observe haver significado específico para cada uma das funções, o que se procurará demonstrar, com a brevidade necessária à natureza da exposição.

Para Kelsen, imposição é sinônimo de prescrição, mandamento (Teoria, p. 120), o que afasta de pronto a descrição, esta vista como observação.

Descreve-se algo (lembre-se da mesa aludida no início) como ele é; prescreve-se algo como deve ser. A conduta é o dever-ser.

A proibição — é impositiva, como *não se deve matar* ou *não se deve furtar*, o que vem a ser o mesmo, vale dizer, deve-se omitir o furto ou o homicídio.

A proibição da conduta eqüivale à vedação da conduta e por conduta há de se entender o gesto afirmativo, o fazer, o agir, o de ação.

As normas coercitivas encontram-se no ponto central do sistema jurídico, prescrevendo aos homens determinada conduta e prevendo uma pena ou uma execução no caso de um comportamento inapropriado.

Permissão, a segunda das funções da norma, apresenta-se bifacetada porque tanto pode consistir em negação como em afirmação.

Para Kelsen, dizer que uma conduta é permitida é o mesmo que dizer ser inválida (Teoria, p. 35 e 36) a norma que a proíba.

Ser permitido tem conotação positiva, do não proibido.

Autorização, no foco do Mestre, significa atribuir a alguém o poder de estabelecer e aplicar normas.

A denominada autorização “política”, no sentido mais restrito da palavra, permite a participação na produção da norma geral, enquanto a autorização de direito privado outorga a elaboração da norma individual.

Para a atividade de produzir o Direito são autorizados, pela norma fundamental, órgãos especiais. A estes não se permite, se autoriza legislar, uma vez que autorização para o mestre é função normativa diferente de permissão, no sentido positivo.

A autorização implica imposição e atos não autorizados são nulos, vale dizer, juridicamente inexistentes.

A derrogação, quarta e última função da norma jurídica, é a abolição da validade de outra norma. A derrogação pode acontecer fora do âmbito jurídico, e Kelsen exemplifica com as seguintes frases do Evangelho: *vós ouvistes que foi dito: deveis amar o próximo e odiar o inimigo. Eu vos digo: amais vossos inimigos* (Mateus, 5,43).

O que se fez foi retirar a validade da norma anterior.

Para Kelsen, a derrogação compreende dois atos distintos. A função da norma derogante não é apenas de imposição, autorização, permissão de uma conduta fixada; ela nem chega a estabelecer como devida uma conduta nem a omissão da conduta. Assim, ela não fixa o *dever-ser* de uma conduta, mas o *não-dever-ser*. Nesse sentido, as normas derogantes não têm, como as outras, existência autônoma, pois estarão sempre vinculadas à norma que pretendem abolir.

A derrogação diz respeito à validade da norma e não ao ato de seu estabelecimento.

A derrogação pode ocorrer sob duas formas: quando há conflito de normas e quando não há conflito de normas, e também pode ser de norma geral ou individual.

A coisa julgada é a norma individual, e esta não pode ser revogada, malgrado afirmações que de vez em quando se fazem, a pretexto de uma “relativização” desse axioma.

Distingue-se revogação de ab-rogação porque a primeira significa abolição total e a segunda, abolição parcial.

IV. Validade

Valer significa dever ser obedecido. Para Kelsen, a validade da norma é sua própria existência específica. Valer quer dizer existir, estar, ser.

Aludiu-se no prólogo à acentuada inclinação do mestre pela matemática e também ao fato de que somente ingressou na escola de Direito à instância do genitor. O rigor matemático, a visão quase que binária ou a dicotomia primeira – ser ou não ser – são constantes na construção kelseniana.

Assim, a norma vale porque existe e se não vale é porque não existe, não é norma.

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, quando sua validade pode ser atribuída a uma única fonte, como fundamento último dessa validade. Essa lei fundamental, como origem comum, forma a unidade de todas as leis que integram um determinado ordenamento jurídico.

Na ótica de Kelsen, as normas de Direito não valem por causa do seu conteúdo. Uma lei vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criada segundo uma regra bem definida e estabelecida de acordo com um método específico.

Em tal senda, a Constituição da República Federativa do Brasil disciplina o processo legislativo no artigo 59, e no parágrafo único determina que lei complementar regre sua elaboração, redação e alteração.

Dando cumprimento a esse preceito fundamental é que foi editada a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, e que se encontra em pleno vigor, malgrado às vezes maculada, em especial pelas Medidas Provisórias.

A validade da norma atua em determinados âmbitos como temporal, pessoal e territorial. Como princípio, a lei aspira à eternidade, o que significa ser posta com pretensão de vigência perpétua.

Esse princípio, entretanto, comporta exceções, pois muitas vezes surge o fenômeno de leis com validade já preordenada,

normas com vigência pré-fixada, seja com termo final, seja com uma condição.

Exemplo claro que ocorre na legislação nacional é a da norma que instituiu a chamada Contribuição Provisória de Movimentação Financeira, com data certa para o término de vigência, o que acabou não ocorrendo por razões de todos conhecidas e das quais não cabe cuidar aqui.

De igual sorte, a validade no plano territorial em princípio é abrangente e atinge todo o território em que o Estado exerce a soberania. Excepcionalmente, contudo, a lei é editada para vigor = valer, num âmbito geográfico-territorial definido: região sul do Brasil ou região da floresta amazônica etc.

Por último, a norma dirige-se a todos os súditos de um estado que estejam dentro do seu território, atingindo igualmente os estrangeiros que lá se encontram, seja em caráter permanente, seja em passagem. Situações especiais, contudo, impõem a edição de norma com validade circunscrita a determinada classe de pessoas, como servidores públicos, condutores de veículos ou comerciantes.

A norma fundamental de um ordenamento jurídico não é, em compensação, nada mais que uma regra primeira, a base da pirâmide, e em sua conformidade estrita devem ser produzidas as leis do ordenamento jurídico, assegurada a estabilidade e previsibilidade da elaboração dessas regras.

A validade da norma que em Kelsen é colocada no plano da existência derrama-se, pois, sobre o espaço, o tempo e a pessoa, com a pretensão de abrangência total mas com inúmeras hipóteses de atingimento parcial.

V. Expressão

O comando, a norma, expressa-se por meio de símbolos escritos, de fonemas de um idioma, enfim. O idioma compõe-se de palavras que possuem significado, vale dizer, palavras que designam alguma coisa, referem-se, pertinem a alguma coisa. O objeto designado pela palavra pode ser uma coisa física, tangível, determinada, e aí será conhecido como nome próprio. Mas o

objeto da palavra pode, igualmente, ser algo indeterminado como um homem, uma casa, e aí será conhecido como nome comum.

De igual sorte, o objeto designado pela palavra pode ser algo concreto como uma bola ou algo abstrato como esperança, harmonia ou caridade.

Por fim, existem expressões que não designam nenhum dos entes referidos, mas têm como finalidade servir de ligação, de elemento conectivo, como são, por exemplo, os artigos, conjunções *et alii*.

As palavras, igualmente, em regra são polissêmicas e designam duas ou mais coisas. Tempo tanto pode significar condições atmosféricas existentes em determinada região como a fração de um ano ou de um dia.

Chama-se de função a significação de uma expressão lingüística, a referência a um objeto determinado.

A expressão lingüística designa algo e aquilo que ela designa é chamado de significação; esta é apreendida mentalmente por um processo interior de captação.

O querer e o pensar de quem ordena e o entendimento do destinatário do comando são processos interiores, de atuação ordenada da psique e que variam consoante esta se apresenta igualmente multiforme.

Se a expressão lingüística pode possuir, e normalmente possui, vários significados, resulta que há de se distinguir entre expressão, que é o ato de quem a emite e sentido, que é o ato de quem deve apreender o significado.

VI. Dever jurídico e sanção

No mundo kelseniano, o dever jurídico e a sanção ocupam a parte central, o núcleo da doutrina.

Afirma o mestre (Teoria Geral das Normas, p. 30) que o Direito é essencialmente ordem de coação.

Há, pois, uma relação muito íntima entre o dever jurídico e a norma. A norma obriga, ela impõe um dever, e como se trata de

ordem estatal esse dever é jurídico, afastando-se, embora não necessariamente, do campo da moral, da ética ou da religião.

Ninguém pode conceder direitos a si mesmo, pois o direito de cada indivíduo só existe sob o pressuposto do dever de outro, e tal relação jurídica, de acordo com o ordenamento objetivo, só pode ter lugar pela manifestação do acordo de vontades de dois indivíduos.

O dever, então, é parte integrante da norma, pois nada mais é do que a norma na relação com seu destinatário.

A função essencial de um ordenamento, até mesmo de um ordenamento coercitivo como o do direito, não pode ser outra coisa a não ser a ligação normativa dos indivíduos a ele submetidos. E essa ligação normativa não pode ser designada senão pela palavra “dever”, porquanto o dever moral nada mais exprime que a ligação do indivíduo com a validade da norma moral.

A conduta pela qual se realiza o dever jurídico é a própria conduta de obedecer à norma. De outro lado, a conduta pela qual alguém se afasta do dever é aquela que se choca com a norma, que a contraria.

O dever existe tanto no Direito como na moral ou na religião. Assim como se distingue moral de Direito, igualmente distinguem-se deveres morais, religiosos ou jurídicos.

Essa distinção não existe simplesmente pelas funções e pelo objeto das normas (de direito ou de moral), mas sim pelo fato de o direito impor uma conduta determinada, impondo sanção à conduta contrária, o que não ocorre com a moral.

O estabelecimento de sanções dá-se em aplicação ao princípio da retribuição decisiva e determinante do convívio social. Se alguém se porta de forma lesiva à comunidade deve ser punido, ou seja, deve-se-lhe causar mal e mal equivalente ao por ele causado. Se, porém, comporta-se de maneira a estimular os interesses comunitários deve ser recompensado, fazendo-se-lhe o bem, na mesma medida do bem por ele feito.

Ora, o conceito jurídico de pessoa ou de sujeito de direito só exprime a unidade de uma pluralidade de deveres e direitos,

ou seja, a unidade de uma pluralidade de normas que estabelecem esses deveres e direitos. A pessoa “física” correspondente ao homem, ao indivíduo é a personificação, isto é, a expressão unitária personificada das normas que regulam a conduta do ser humano.

Ihering e Kelsen defendiam a teoria da coação, mas enquanto o primeiro via na sanção o meio de realizar o Direito, o instrumento de sua realização, para o Professor de Viena a sanção era o próprio conteúdo do Direito, pois ela é que constituiria o jurídico.

Na chamada Grundgesetz acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico. Apenas a partir da norma fundamental pode o material empírico ser interpretado como Direito, ou seja, um sistema de normas jurídicas.

VII. Algumas considerações finais

A importância do estudo do sistema erigido por Kelsen relaciona-se ao seu significado e sua influência no mundo do Direito.

O normativismo positivista do mestre de Viena resguarda a sociedade e o indivíduo de um dos aspectos mais deletérios do antidireito que é a improvisação, a surpresa e a insegurança das relações.

Na visão de Kelsen, as normas jurídicas devem ser claras, objetivas, gerais, oriundas de processo legislativo regular, obedecidos os trâmites da Lei Fundamental, sob pena de inconstitucionalidade, de invalidade absoluta. O jurídico é o formal, o legal, o neutro, e levadas as preocupações ao limite, a forma (legalidade) deve prevalecer sobre o conteúdo (legitimidade).

O Direito é um ordenamento e, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser encarados e resolvidos como problemas desse regramento organizado. A Teoria Pura do Direito é então liberada de todo juízo de valor ético-político, numa análise estrutural, a mais exata possível dentro do direito positivo.

A importância e a validade do sistema desenvolvido por Kelsen podem ser melhor constatadas se, à maneira como se faz

com as cores, forem contrapostos sistemas com posições contrárias entre si.

O decisionismo sociológico, cujo expoente maior, à época de Kelsen, era Carl Schmitt, sustenta que os conceitos são instrumentos dialéticos utilizados como armas na luta política. Numa situação de crise econômica ou institucional, que exige intervenções imediatas e decisivas, limitar o Estado ou mesmo o parlamento ao rigoroso cumprimento de leis gerais, estáveis e conhecidas, ou na sua ausência incorrer em paralisia política, significa desprestígio, desvalorização e enfraquecimento. O Direito deve ser de situação, para o caso concreto, havendo estreita relação entre Direito e política, entre Direito e circunstâncias históricas. Por isso não se pode reduzir o Direito às normas puras, formais, esquecendo outro elemento fundamental para a sua validade que é a decisão, sobretudo aquela tomada num momento de excepcionalidade. Caso contrário, teríamos a paralisia do Estado, o caos e a desordem, em que nenhum Direito vale.

A possibilidade da validade de uma ordem superior ao direito positivo fica fora de discussão. Ela cinge-se ao direito positivo, impedindo, assim, que a Ciência do Direito passe por uma ordem superior ou procure extrair, de uma ordem semelhante, sua justificativa; ou que abuse da discrepância entre um ideal qualquer de justiça e o direito positivo, como argumento jurídico contra a validade daquele.

O normativismo positivista de Kelsen pensa sempre em termos de normas impessoais. O decisionismo sociológico cria o Direito (= norma) para o caso concreto. Para Kelsen, o Direito é igual à norma. Para Carl Schmitt, o Direito é igual à norma que é igual à decisão.

A Teoria Pura do Direito é a teoria do positivismo jurídico ou, permitida a expressão, ela é a Teoria do Direito Puro.

Como diria Hobbes no seu *Leviatã*: *auctoritas non veritas facit legem* (é a autoridade e não a verdade que faz as leis).

Essas duas concepções de Direito foram postas à prova no final dos anos 30 do século passado. O normativismo positivista kelseniano foi praticamente varrido da Europa continental e o Mestre de Viena foi obrigado a emigrar para salvar a vida.

O decisionismo sociológico, por sua vez, produziu uma situação perfeitamente descrita por, nada mais nada menos que, Adolf Hitler, nas palavras por ele pronunciadas em homenagem a Carl Schmitt¹:

“O que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923 percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que me levou ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática. Mas o futuro devia se realizar. Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem das minhas idéias. Ele criou para mim uma lei segundo o meu gosto e a ela me ative. Suas leis fundaram minhas ações no direito”.

1 Razão Jurídica e Dignidade, Max Limonad, 1996, p. 13.